

PORTALIS ET LE DROIT NATUREL DANS LE CODE CIVIL

« *L'Honneur, cher Valincour, et l'Équité sa Sœur
De leurs sages conseils éclairant tout le monde
Regnoient chéris du Ciel dans une paix profonde.* »

Nicolas Boileau,
Satire XI (La Pléiade, p. 841).

Prétendre découvrir dans les écrits de Portalis une nouvelle conception du droit naturel serait une recherche condamnée à rester vaine. On ajoutera qu'il est même illusoire d'ambitionner synthétiser une pensée disséminée dans des écrits multiples, mais d'une envergure restreinte. Un premier péril que l'on court, lorsqu'on veut sonder les intentions des rédacteurs du Code Civil est, en effet, de convertir en théoriciens des hommes qui étaient unanimement des praticiens et des politiciens. Reconstituer, enfin, en ce qui touche plus particulièrement Portalis, telle ou telle conception est en grande partie une gageure.

Car, si l'on exclut deux ouvrages, publiés le premier avant la Révolution et le second après sa mort, l'œuvre de Portalis est constituée pour l'essentiel de discours et de consultations, tous genres peu propices au développement de la réflexion. Y quêter l'originalité est également excessif ; une partie non négligeable de ces textes se répètent l'un l'autre ce qui prouve, à tout le moins, la constance de leur auteur. Remarque étant faite qu'une telle pratique s'explique vraisemblablement par la cécité croissante dont est frappé Portalis, à partir de 1798, et qui l'oblige à dicter ses discours à son secrétaire ; ainsi le fameux discours préliminaire du Code. Il faut aussi noter que cette tendance à la répétition se justifie par la procédure législative complexe du Consulat qui contraint les rédacteurs à défendre leurs idées devant trois assemblées successives : le Conseil d'Etat, le Tribunat et le Corps Législatif. Le fait est que le discours préliminaire est un véritable « digeste » de plusieurs interventions antérieures. Les commentateurs de ce texte, au demeurant, n'ont pas suffisamment souligné deux aspects qui devraient frapper le lecteur juriste. En premier lieu sa rédaction assez disparate, mais surtout

l'impression d'un plaidoyer pour des idées que l'on serait bien en peine de découvrir dans le Code.

Recevant son épée d'académicien, le Garde des Sceaux Jean Foyer, exquissa dans son discours de remerciement, un parallèle tout à fait pertinent entre le Consulat et la V^e République naissante. On est tenté de dire que les deux régimes naquirent tous deux dans l'ambiguïté des intentions des protagonistes. Pas plus que le Général de Gaulle n'entendait dès 1958 maintenir le statu quo de l'Algérie, Bonaparte en 1799 ne souhaitait contrecarrer la Révolution. Il y avait bien des avertissements contenus dans sa célèbre proclamation « la Révolution est arrêtée, ses principes en sont fixés ».

Mais la question des fameux « principes de 1789 » est à elle seule un vaste programme. On distingue fréquemment 1789 et 1793, on oublie 1794. De la fin de l'Ancien Régime au début de la période républicaine trois années s'écoulent, à peine deux représentent le temps de la Montagne mais le régime issu de Thermidor se maintint plus de quatre ans au pouvoir. Ces quatre années ont, depuis les Goncourt, la réputation d'avoir été, en quelque sorte, les prodromes des années folles ; la réalité pourtant ne peut se résumer aux frasques de Madame Sans-Gêne. S'il est bien certain que les débats politiques les plus vifs sont du début de la Révolution, les choix qu'imposaient ces débats furent souscrits au bout de ces dix années. À oublier que le terme de « révolution » appartient au vocabulaire astronomique, et qu'il signifie le tour complet de l'astre solaire, on confond le point de départ et le point d'arrivée. Les principes de 1789 ne peuvent se comprendre sans leur jonction avec les exceptions de 1794 ; à bien des égards la France moderne est davantage l'héritière du Directoire que de la monarchie constitutionnelle de 1790. Quant au reste, l'opposition est plus flagrante entre le Consulat et l'Empire, qu'entre le Consulat et le Directoire. Le Consulat fut la manière de trancher le nœud gardien du problème institutionnel entre la République et la Monarchie ; pour ce qui était de ce que l'on dénommerait aujourd'hui « un choix de société » la question ne se posait plus guère. Bonaparte se révéla d'une rare habileté, se servant de ceux dont il ne partageait pas les idées pour accéder au pouvoir tout en devant supporter, sinon combattre, l'opposition de ceux vers lesquels, en définitive, allait sa sympathie.

1799, ne fut pas un changement de partition, mais de chef d'orchestre ; quelques-uns du coup se trompèrent dans la mesure (1).

(1) Sur les equivoques de l'arrivée au pouvoir de N. Bonaparte on renverra à Georges Gusdorf, *La conscience révolutionnaire, les idéologues*, Paris 1978, p. 315 s. ; Jean Tulard, *Napoléon*, Paris 1977, p. 115 s. ; en dehors des ouvrages connus de Savatier, de Bonnacase sur la rédaction du Code civil et en sus de la thèse de A.J. Arnaud (*infra*) on découvrira avec profit une vision nouvelle et décapante avec Xavier Martin « Nature humaine et code Napoléon », in *Droits*, n° 2, p. 117 s. ; et « Sur l'essor et l'essence de l'individualisme libéral en France », in *Bulletin de la Société française d'histoire des idées et d'histoire religieuse*, 1986, 3 p., 37 et s.

Toute l'ambiguïté du Code Civil tient aux idées habituelles que l'on professe quant à sa rédaction. Si Portalis fut indubitablement le maître de la lettre, il ne put, toutefois, en inspirer complètement l'esprit.

L'échec du livre préliminaire explique, dès lors, la rédaction du discours préliminaire comme une sorte de viatique. Il n'expose pas comme on le croit, habituellement, les idées contenues dans le Code, mais plutôt celles que son auteur aurait souhaité voir consacrées.

La ferveur du plaidoyer (I) a trop souvent fait oublier que la cause avait été perdue (II), mais peut être à charge d'appel (III).

I. — LES CONVICTIONS DE PORTALIS

A. — Des idées simples

Il faut bien tenter d'éclairer les lignes que Portalis consacre dans le discours préliminaire, par ses écrits antérieurs, ainsi que par ses autres contributions à la rédaction du Code Civil (A). En aucun point il ne se révélera un novateur, mais plutôt un héritier (B).

Portalis n'a jamais consacré de longs développements au droit naturel (2). Son opinion n'a aucune originalité particulière, ni quant à la définition du droit naturel, ni quant à son contenu exact. « Nous donnons à la morale le nom de droit naturel », écrit-il dans *De l'usage et de l'abus de l'esprit philosophique au XVIII^e siècle* (3). Dans l'exposé des motifs du projet de loi sur le mariage, repris exactement du rapport sur le divorce (Conseil des Anciens 27 Thermidor An V) ; le droit naturel consiste dans « les principes qui régissent l'homme considéré comme un être moral ». Tandis que, par ailleurs, le droit naturel revêt la figure de la raison : « la raison, en tant qu'elle gouverne indéfiniment tous les hommes, s'appelle droit naturel ». « Quand la loi se tait, la raison naturelle parle encore » dit-il dans l'exposé des motifs du projet de loi sur la publication des lois, mais surtout c'est l'article premier du premier projet de Code Civil qui nous livre la définition la plus nette : « il existe un droit universel et immuable source de toutes lois positives, il n'est que la raison naturelle en tant qu'elle gouverne tous les hommes » (4).

A y regarder de plus près, la pensée de Portalis forme malgré tout un ensemble sans contradiction. En effet si, dans l'exposé des

(2) Lydie SCHIMSEWITSCH, *Portalis et son temps*, Th. Paris 1936, p. 210 s.

(3) *De l'usage et l'abus de l'esprit philosophique*, 2 vol., Paris, 1844, t. II, p. 112.

(4) *Projet de Code civil* présenté par le citoyen Portalis, Paris An IX, livre préliminaire, titre premier, article premier ; FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, 1827, T. 1.

motifs du projet de loi sur le mariage il confond dans une même substance droit naturel et morale c'est qu'à son opinion « nous n'avons besoin que des impressions spontanées de notre conscience et des lumières de notre raison pour découvrir les principes de la morale », ces « principes, dans le sens que l'on attache à ce mot sont indiqués par la raison ». L'homme ne pouvant être considéré comme un être moral que parce qu'il est un « être intelligent et libre ». Aux yeux de Portalis, « le droit naturel est formé des principes moraux que la raison permet de déterminer ». Pour être plus lapidaire : le droit naturel c'est la morale par la raison.

Portalis distingue également le droit naturel écrit, du droit naturel non écrit (5) : « on appelle droit naturel non écrit celui dont l'observation n'intéresse pas assez l'ordre public pour devenir l'objet d'une sanction particulière, et dont le législateur ne pourrait même se mêler sans menacer la liberté individuelle des citoyens, et sans s'exposer à faire des règlements minutieux et tyranniques. On appelle droit naturel écrit, celui dont il est nécessaire de prévenir ou de réprimer les infractions par des règlements parce qu'elles troubleraient sensiblement la société générale ».

Encore convient-il d'aller plus loin ; pour Portalis la distinction s'impose entre le droit et la loi et il lui arrive fréquemment de réduire au seul terme de droit, le droit naturel : « le droit est la raison universelle, la suprême raison fondée sur la nature même des choses. Les lois sont ou ne doivent être que le droit réduit en règles positives, en préceptes particuliers » (6).

Pour ce qui est du contenu du droit naturel on entre alors dans l'éternel dilemme de savoir ce qu'il recoupe. Tout se résume à une série de directives assurant la protection des principaux généraux du droit, des libertés fondamentales et des institutions essentielles de la société, c'est-à-dire que l'on retrouve cette constante recherche de l'ordre et du juste.

Si l'on a pu dire que la propriété et la liberté contractuelle étaient les deux piliers du Code civil, ils ont tous deux pour fondation le droit naturel, à entendre Portalis. Les références constantes au droit naturel dans ces deux matières s'expliquent indubitablement par leur caractère d'authentiques dogmes politiques de la nouvelle société.

(5) *Rapport devant le Conseil des Anciens sur la résolution du 29 prairial An II relative au divorce*, séance du 27 thermidor An V, p. 21.

(6) Examen des observations proposées contre le projet de Code civil », p. 84. *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil*, par Jean-Etienne-Marie PORTALIS publiés par le vicomte Frédéric PORTALIS, Paris 1844. — (Les *Discours* publiés par le fils de Portalis constituent l'ouvrage le plus commode pour avoir une vue d'ensemble des travaux de Portalis lors de la rédaction du Code, le recueil comporte en outre des textes ne figurant pas dans la collection de Fenet. Il faut faire attention à ne pas confondre le discours préliminaire du premier projet avec le discours préliminaire définitif. Ces deux textes relativement similaires divergent toutefois sur plusieurs points très révélateurs de la tournure des travaux).

La liberté contractuelle, selon Portalis, trouve aussi bien sa justification que sa garantie dans le respect de la foi jurée : « considérés dans leur substance les contrats appartiennent au droit naturel » (7), puisque « c'est la foi qui fait le contrat ». « Le premier devoir de toute personne qui s'engage est d'observer les pactes qu'elle a consentis et d'être fidèle à la foi promise » (rapport sur le divorce) ; « les corps de nation, les gouvernements, ne sont pas moins liés par leurs contrats que les simples particuliers parce que les principes de la foi humaine qui sont de droit naturel, doivent être et sont inviolables pour tous les hommes » (8).

Lors des âpres débats à propos du contrat de mariage, Portalis répliqua à son collègue breton, Bigot de Preameneu, que la communauté devait être un choix laissé à l'appréciation des époux parmi d'autres contrats possibles, le droit coutumier n'ayant aucune supériorité en la matière : « ce principe est admis par le droit écrit mais il dérive du droit naturel, qui laisse à chacun la liberté de former ou de ne pas former de contrat » (9).

L'argument est repris une nouvelle fois dans le discours préliminaire du premier projet : « En traitant des contrats nous avons d'abord développé les principes du droit naturel » (10).

Droit naturel par excellence également celui de propriété : « l'homme, en naissant, n'apporte que des besoins ; il est chargé du soin de sa conservation, il ne saurait exister ni vivre sans consommer : il a donc un droit naturel aux choses nécessaires à sa subsistance à son entretien », et de poursuivre : « l'exercice de ce droit comme celui de tous nos autres droits naturels s'est étendu et s'est perfectionné par la raison, par l'expérience et par nos découvertes en tout genre. Mais le principe du droit est en nous ; il n'est point le résultat d'une convention humaine ou d'une loi positive ; il est dans la constitution même de notre être, et dans nos différentes relations avec les objets qui nous appartiennent ». Plus net encore dans le discours préliminaire « le droit de propriété en soi est donc une institution directe de la nature » (11).

Expliquant la restriction, que l'on a tendance à passer sous silence, de l'article 544 « pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements », il pose aussitôt la question essentielle qui a toujours soulevé des passions : « quel est le pouvoir de l'Etat sur les biens des particuliers ? » Mais c'est pour réfuter dans le même mouvement la doctrine de Grotius et Pufendorff sur le domaine éminent, laquelle à ses yeux compromet « les antiques maxi-

(7) « Exposé des motifs sur la vente », *Dicours*, p. 235.

(8) *Rapport relatif au canal du Midi* ; Conseil des Anciens, séance du 6 vendémiaire An V, p. 10.

(9) LOCRE, *Procès-verbaux* de la préparation du Code civil (Conseil d'Etat), t. 13, p. 151.

(10) Discours préliminaire sur le projet de Code civil », *Dicours*, p. 48.

(11) « *Exposé des motifs du projet de loi sur la propriété* », *Dicours*, p. 210 s.

mes de l'ordre naturel et social ». Au citoyen, écrit-il, appartient la propriété et au souverain l'empire » mais « l'empire, qui est le partage du souverain, ne renferme aucune idée de domaine proprement dit. Il consiste dans la puissance de gouverner » tout prétendu domaine éminent, naguère du seigneur aujourd'hui de l'Etat ne serait qu'une forme de « despotisme légal ». Heureusement, conclut-il, toutes ces erreurs viennent d'échouer contre les principes consacrés par le droit naturel et public des nations », ce n'est pas « comme propriétaire supérieur et universel du territoire, mais comme administrateur suprême de l'intérêt public, que le souverain fait des lois civiles pour régler l'usage des propriétés privées » (12).

Cette volonté d'exclure tout domaine éminent était tellement ancrée dans l'esprit de Portalis que le titre II du livre II, l'actuel livre « des biens », était intitulé dans son projet « de la pleine propriété » (13).

B. — Des idées traditionnelles

Les origines de cette conception du droit naturel sont particulièrement évidentes.

Provençal, Portalis était trop pétri de culture latine pour ignorer Cicéron : « *Lex est ratio summa, insita in natura, quae jubet ea quae faciendae sunt, prohibet quae contraria. Eadem ratio, cum est in hominis mente confirmata et perfecta, lex est* » (*De Legibus*, Lib. I, VI, 18) « *Est quidem vera lex recta ratio naturae congruens, diffusa in omnis, constans, sempiterna, quae vocat ad officium jubendo, ventado a fraude deterreat, quae tamen neque probae frustra jubet aut vetat, nec improbos jubendo aut ventendo movet* » (*De Republica*, Lib. III, XXII, 33). Et le Digeste : « *Jus non a regula sumatur sed a jure quod est regula fiat* » (D. 50.17.1).

Mais Portalis est en même temps l'héritier de la tradition janséniste, dont les milieux juridiques étaient si fortement imprégnés depuis Domat et Pothier (14), ainsi que du courant rationaliste qui a durablement infléchi la doctrine naturaliste : le droit naturel depuis un siècle est synonyme de raison.

On ne découvre qu'à un seul moment dans ses écrits l'assurance que le droit naturel dispose d'un fondement divin. C'est dans la fameuse consultation sur la validité des mariages protestants en France où il déclare que « la religion, en général, est le droit des

(12) *Discours*, p. 215 s.

(13) André-Jean ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code civil français*, Paris 1969, p. 179 s.

(14) François BLUCHE, *Les magistrats du parlement de Paris au XVIII^e s.*, nouv. éd. Paris, 1986 ; ARNAUD, *op. cit.*, p. 41 s. ; L. WOLFF, *Le parlement de provence au XVIII^e s.*, Aix-en-Provence, 1920 ; A. TAVENEUX, *Jansénisme et politique*, coll. U, Paris, A. Colin, 1965.

gens », mais c'est un document qu'il faut tenir à part, tant par sa date que par son sujet, et plus encore son but.

C'est à Pufendorff (15) qu'il emprunte le terme de « raison naturelle » auquel Diderot l'avait lui-même pris dans son article « Droit naturel » dans *l'Encyclopédie* : « On entend par droit naturel, certaines règles de justice et d'équité, que la seule raison naturelle a établies entre tous les hommes, ou pour mieux dire que Dieu a gravées dans nos cœurs ». Pufendorff avant lui écrivait que « les règles du droit naturel découlent des maximes d'une raison éclairée. D'où vient que l'écriture sainte même nous représente la Loi Naturelle comme (*Rom.*, Ch. II. vers. 1 à 5) écrite dans le cœur des hommes. J'avoue que les Ecrivains Sacrés nous fournissent de grandes lumières pour connaître plus certainement et plus distinctement les principes de Droit Naturel. Mais cela n'empêche pas qu'on ne puisse découvrir et démontrer solidement ces principes *sans le secours de la Révélation par les seules forces de la Raison naturelle* dont le créateur a pourvu tous les hommes, et qui sans contredit subsiste encore aujourd'hui (16). Lorsque Kelsen récuse toute référence au droit naturel c'est qu'il pose comme préalable qu'« on ne peut admettre l'existence de normes immanentes à la nature, que si l'on inclut dans la nature la volonté de Dieu » (17). Ce faisant, il rejette la prétention de Grotius à raisonner « comme si Dieu n'existait pas » (18). C'est pourtant bien une telle démarche que l'on retrouve chez Portalis.

En dehors des philosophes jusnaturalistes modernes, les juristes ont eu, évidemment, une part capitale dans la formation de la pensée de Portalis. Au premier rang, sans doute aucun, Domat. Le président clermontois évoquait longuement dans son *Traité des lois* « les règles naturelles de l'équité » (19), rappelant que la « raison enseigne les lois naturelles ». Mais c'est dans *Les lois civiles dans leur ordre naturel* (20) que Portalis a manifestement puisé l'inspiration de son livre préliminaire.

Le titre premier du livre préliminaire de l'ouvrage de Domat apparaît comme l'anticipation de ce que Portalis prévoyait pour le Code. « Les lois ou les règles sont de deux sortes : l'une de celles qui sont du droit naturel et de l'équité, et l'autre de celles qui sont

(15) Pierre LAURENT, *Pufendorf et la loi naturelle*, Th. théol. Paris, Vrin, 1982, p. 35.

(16) PUFENDORF, *Le droit de la nature et des gens*, trad. Barbeyrac, Amsterdam, 1706, p. 189.

(17) Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. Eisenmann, Paris 1962, p. 298.

(18) GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, nouv. trad. par J. Barbeyrac, Amsterdam 1724, 2 vol., rééd. par le Centre de philosophie politique et juridique de l'Université de Caen, Caen, 1984, T I, p. 48 ; l'hypothèse est d'autant plus simple à envisager pour Grotius qu'il ajoute que le droit naturel du fait de son immutabilité : « Dieu même n'y peut rien changer », *ibid.*, p. 50.

(19) Jean DOMAT, *Œuvres complètes*, nouv. éd. par J. RÉMY, Paris, 1828-1830, 4 vol., t. 1, *Traité des lois*, p. 370.

(20) Jean DOMAT, *ibid.*, t. 2, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, p. 48.

du droit positif, que l'on appelle autrement des lois humaines et arbitraires, parce que les hommes les ont établies (...). Les règles du droit naturel sont celles que Dieu a lui-même établies, et qu'il enseigne aux hommes par la lumière de la raison. Ce sont des lois qui ont une juste immutabilité ».

On ajoutera que le projet de Code Civil établi en 1776 par Olivier, *Principes du droit civil romain* (21), initiative purement privée mais célèbre parmi les juristes de l'époque, a certainement donné à Portalis un modèle. En effet, les *Principes* d'Olivier débutent par une section préliminaire « du Droit et des diverses sortes de droits » qui comporte plusieurs articles, dont un sur le droit naturel, qui seront quasiment repris à l'identique par Portalis dans son projet. Professeur de droit à Avignon, Gabriel d'Olivier, devenu ultérieurement Chancelier du Comtat Venaissin, est l'un des pères méconnus du Code civil. Il publia une série d'ouvrages dans lesquels il développa des idées de codification dont beaucoup furent reprises en 1804. Après ses *Principes* de 1776, il fit paraître, en 1789, un *Nouveau Code civil proposé à la Nation française et soumis à l'Assemblée Nationale*. Sous la Révolution son sort fut proche de celui de Portalis, arrêté avant d'être libéré le 9 Thermidor. Nommé juge au Tribunal d'appel de Nîmes en 1800, il est permis d'en déduire, sans preuve certaine néanmoins, que les observations de l'assemblée générale de ce tribunal à propos du projet de l'An VIII lui doivent probablement beaucoup.

Telles étaient les idées que Portalis espérait voir proclamées en exergue du Code civil. L'échec fut, peut-on dire, à la mesure de l'ambition.

II. — L'ECHEC DE PORTALIS

A vrai dire la bataille (A) se termina moins par une capitulation que par un armistice (B).

A. — La querelle

Avant d'aller plus avant et d'exposer à quels débats virulents donna lieu la discussion du livre préliminaire, il importe de connaître exactement quel texte Portalis proposa. La confrontation entre cette esquisse et le Code de 1804 atteste à elle seule que le Code Civil fut bien moins le produit de l'Ancien Droit qu'on ne s'est plu à le dire tout au long du XIX^e siècle que celui du légalisme révolutionnaire. La fameuse transaction évoquée par Portalis dans la conclusion de

(21) Gabriel d'OLIVIER, *Principes du droit civil romain*, 2 vol., Paris, 1776 ; ARNAUD, *op. cit.*, p. 167 et 314.

son discours préliminaire entre les coutumes et le droit romain, masque un compromis plus marquant entre l'ancien droit et le droit révolutionnaire dénommé trompeusement « droit intermédiaire ». Pour le Code civil le droit révolutionnaire fut davantage le « droit liminaire », la vérité est qu'en 1804 on mit bel et bien le vin nouveau dans l'outre ancienne.

Le Code était introduit par un livre préliminaire intitulé « des lois, il se scindait en trois titres respectivement consacrés à la définition et division des lois et enfin à leur application.

Article 1^{er} : Les lois, en général, sont des règles ou prises dans la raison naturelle, ou convenues entre les nations, ou établies par un pacte social, ou solennellement émanées de l'autorité revêtue d'un pouvoir suffisant et légitime. Elles obligent les nations entre elles, les gouvernements, les autorités et administrations particulières et les citoyens. Le droit se compose de l'ensemble et de la réunion des règles. Le recueil des lois sur une matière en forme le Code.

Article 2 : Les règles prescrites par la raison naturelle forment le droit naturel ; ces règles sont la base de toutes les lois écrites, qui ne doivent présenter que des conséquences plus ou moins directes des principes d'équité naturelle.

Article 3 : On distingue les lois par leur objet. Celles qui règlent le rapport des nations entre elles forment le droit des gens. Il se compose des règles d'équité naturelle, d'usage généralement reconnus, de conventions écrites dans les traités. Ainsi, l'on distingue un droit des gens positif et un droit des gens naturel.

Article 14 : Lorsque la loi ne présente pas de disposition qu'on puisse appliquer, le juge devient un ministre d'équité ; il ne peut pas refuser de juger sous le prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi écrite : il applique alors la loi immuable et éternelle de la raison. Cette disposition est particulière aux matières civiles, et ne peut, dans aucun cas, s'appliquer aux matières criminelles (22).

Le Code était donc écrit comme une symphonie précédée d'une ouverture à grande fanfare ; il ne nous est parvenu de cette entreprise qu'une marche militaire bien cadencée.

La simple lecture de ces dispositions prouve dans tous les cas les convictions et les intentions de Portalis : le droit est un ensemble de règles, c'est un genre dont la loi n'est qu'une espèce. Secundo : ce sont les règles de la raison naturelle qui viennent en tête de l'énumération, dans la mesure où le droit naturel est le fondement des autres normes juridiques. Tertio : le droit naturel défini comme étant la raison naturelle ou, simple synonyme, l'équité naturelle, a valeur de droit supplétif en l'absence de texte écrit.

(22) *Projet de Code civil* présenté par le citoyen Portalis, Paris An IX, Livre préliminaire, titre premier.

Ce processus trouvait sa consécration dans le corps même du Code proposé.

Livre II, titre II, art. 25 (auj. art. 565) :

Le droit d'accession, quand il a pour objet deux choses mobilières appartenant à deux maîtres différents, est entièrement subordonné aux principes de l'équité naturelle.

Livre III, titre II, art. 33 (auj. art. 1165) :

Les conventions obligent non seulement à ce qui est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature.

Livre III, titre III, art. 9 (auj. art. 1375) :

L'équité oblige le maître dont l'affaire a été bien administrée, à remplir les engagements que le gérant a contracté en son nom, à l'indemniser de tous les engagements personnels qu'il a pris, et à lui rembourser toutes les dépenses utiles ou nécessaires qu'il a faites.

Enfin, livre III, titre XIV, art. 1^{er} (auj. art. 1832) :

Le contrat de société se régit par le droit naturel et par les conventions des parties (23).

Le texte sur le contrat de société trop voyant disparut purement et simplement lors de la discussion en commission. Très révélatrice fut la discrète censure du mot « équité » venant en tête de l'article consacré à la gestion d'affaires. En revanche, l'équité resta mentionnée à propos de l'accession et de l'exécution des contrats. Dans les deux cas, l'explication tient peut-être à la rapidité avec laquelle furent étudiés ces textes. Pour ce qui est plus particulièrement de l'actuel art. 1135 la référence y fut sans doute maintenue volontairement pour combattre la division romaine entre les contrats *stricti juris* et les contrats *bonae fidei*. Quant à l'accession, le moins que l'on puisse dire est que ce n'était pas là un sujet susceptible d'engendrer de grands débats, au surplus il n'y avait pas d'autre solution envisageable.

Au vrai, tout cela n'avait qu'une importance relative, car la place de l'équité dans le Code s'est jouée antérieurement, lors des débats sur le titre préliminaire qui donnèrent lieu à des affrontements dont on a peine à imaginer l'animosité. Ce fut au cours de ces discussions que le livre préliminaire courut à sa perte. Il importe de souligner que l'actuel titre préliminaire « de la publication, des effets et de l'application des lois en général » n'est plus que la modeste ruine du solennel péristyle prévu par Portalis.

Les premiers coups furent portés par les tribunaux d'appel dont on avait sollicité l'opinion, recueillie au cours de leur assemblée générale. A propos du titre préliminaire réservé aux définitions générales, le Tribunal de Lyon écrivait notamment : « Toutes les maximes conte-

(23) *Eod. loco* et *Discours*, p. 306 s.

nues dans ce livre préliminaire, même les moins contestées, sont certainement des abstractions métaphysico-légales essentiellement sujettes, comme tout ce qui est métaphysique, à controverse, à discussion, à interprétation. Il peut être utile aux publicistes de les développer ; aux législateurs de les méditer ; mais il est très dangereux de les ériger en principes, et de les conserver dans un Code » (24).

Présentant son projet devant le Conseil d'Etat, Portalis se vit dans l'obligation d'opérer une première rétraction : « on a judicieusement remarqué que les définitions générales ne contiennent pour la plupart, que des expressions vagues et abstraites dont la notion est souvent plus difficile à fixer que celle de la chose même que l'on définit. De plus, il a paru sage de faire la part de la science et la part de la législation » (25). Ce fut donc dans des termes proches de l'actuel article 4 que le texte initialement prévu fut soumis au Conseil d'Etat.

Mais ce n'était rien d'avoir obtenu la restriction de la lettre si l'on n'obtenait la condamnation de l'esprit qui l'inspirait. Au-delà de la querelle inépuisable sur la théorie du droit naturel, c'était l'étendue du pouvoir judiciaire qui était dans la cause. La véritable question, quand il s'agit d'apprécier la valeur de la doctrine des trois pouvoirs, n'est pas vraiment de savoir comment les diviser mais plutôt d'essayer de comprendre comment on peut parvenir à les unifier ; c'est moins le problème de la séparation que celui du « concert » que pose la doctrine Montesquieu. En bref, si l'on nous permet cette image, le tout est de savoir si la répartition des trois pouvoirs aboutit au mystère de la Trinité hypostatique, Trine et Une, ou bien au faste de la messe solennelle avec diacre et sous-diacre. Et si la deuxième image est la bonne on peut estimer sans crainte que, dans cette singulière liturgie, la Justice ne reçoit guère que la tunique du ministre inférieur ; ce à quoi on ajoutera que c'est le sous-diacre qui encense le diacre (26).

La bataille contre le droit naturel dans le Code Civil fut davantage une lutte contre un corps que contre une idée. Le débat devant le Conseil d'Etat augura des luttes du Tribunal. Initialement les actuels articles 4 et 5 étaient disposés, dans le projet revu, en sens inverse ; Regnier demanda leur interposition « parce que l'ordre naturel des idées veut qu'on indique aux juges ce qu'ils devront faire, avant de leur dire ce qu'ils ne pourront pas faire ». Mais ce fut surtout Roederer qui se montra le plus réticent jugeant que « l'art. 6 (auj. 4) donne trop de pouvoir au juge » auquel n'« appartient pas de remplir

(24) FENET, *op. cit.*, t. IV, p. 36.

(25) PORTALIS, *Discours*, p. 100, Fenet, t. V, p. 1.

(26) Sur les rapports du pouvoir judiciaire avec les autres pouvoirs de l'Etat. Jean FOYER « La justice : histoire d'un pouvoir refusé » in *Pouvoirs*, 1981, n° 16, p. 17 s. André Pouille a soutenu l'idée que dans la Constitution de 1958 le terme « d'autorité judiciaire » serait le symbole d'un affermissement de la Justice (*Le pouvoir judiciaire et les tribunaux*, Paris, 1985, p. 1 et 3) : la séduction, voire l'espérance, l'emporte malgré tout sur la conviction.

les lacunes de la législation quand la loi garde un silence absolu ». Tour à tour Tronchet, Portalis puis Bigot de Preameneu défendirent les dispositions qui étaient la source de désaccord, ce dernier affirma qu'« il est dangereux de permettre aux tribunaux d'attendre une loi ; qu'ils n'en ont pas besoin, parce qu'ils trouvent toujours, leur règle ou dans la loi écrite, ou dans les principes de l'équité naturelle. »

Chacun restant sur ces positions il revint à Cambacérés de trouver un terrain d'entente en proposant « de substituer des expressions facultatives aux termes impératifs de l'article ; en sorte qu'un jugement qui n'aura pas été prononcé ne soit pas nécessairement poursuivi », ce fut lui qui donna sa teneur définitive à l'article 4 actuel écrit au conditionnel (27). C'est dire sous quelle forme atténuée se présenta le projet devant le Tribunal. Il n'y déclencha pas moins des propos virulents.

Le 3 Frimaire An X, Portalis présenta le projet devant le Tribunal. On a pris soin de composer la commission, qui était chargée de son examen, de tribuns dont l'opposition n'était pas trop à craindre. On ne put empêcher que le rapport soit confié à Andrieux qui était hostile au gouvernement. Celui-ci prit la parole devant l'Assemblée le 12 Frimaire. Sans excès, c'était malgré tout un inflexible réquisitoire, non exempt d'humour, et qui concluait au rejet du texte. Vint le tour des orateurs qui s'étaient inscrits. Demeurier, Ludot, Curé et Huguet parlèrent en faveur du projet mais sans éclat. Demeurier, toutefois, remarqua avec justesse qu'il était incohérent d'admettre que le juge puisse statuer en équité et de supprimer dans le même temps les maximes et principes généraux que l'on avait situés initialement en tête du Code : « En effet, si vous voulez que les juges soient des ministres d'équité, dans le sens du projet, ne faut-il pas établir des principes généraux, ou des maximes universelles, auxquelles ils puissent par des conséquences rigoureuses, ou des inductions moins évidentes, rattacher à des cas particuliers » (28). Le tribun Ludot ajouta que si la Constituante avait dû instaurer la pratique des référés législatifs c'est « qu'elle pouvait craindre de voir paralyser ses intentions par des magistrats dont rien ne lui garantissait l'attachement au nouvel ordre de choses qui s'élevait » mais que depuis « la considération politique qui dicta le décret en question n'existe plus » (29). Trois orateurs intervinrent à leur suite pour exorter le Tribunal à rejeter le projet. Costé qui fut le dernier des trois se contenta de montrer sa préférence pour le référé législatif.

Ce furent surtout Chazal et Mailla-Garat qui ferrailèrent avec

(27) Jacques MALEVILLE, *Analyse raisonnée du Code civil*, Paris, 1804-1805, 3 vol., t. 3, p. 25. Cambacérés avait le génie de jouer avec les mots. Pour maintenir le serment, mais éviter toute référence religieuse, il parlait dans son propre projet de Code civil, d'« affirmation judiciaire ». Devenu archichancelier impérial il proposa d'octroyer à la nouvelle noblesse des « prérogatives » pour ne pas revivifier les privilèges honnis.

(28) FENET, *op. cit.*, t. VI, p. 86 s.

(29) *Eod. loco*, p. 108-109.

hargne contre la liberté des juges ; des deux le second fut le plus absolu dans ses idées et le plus fervent dans son éloquence. Chazal prit la parole le premier (30) ; ayant admis qu'à défaut de loi « il faut donc, au civil, recourir nécessairement au jugement d'équité » il poursuivit « mon opinion personnelle est bien celle-là ; mais elle ne serait pas de le commettre aux juges ordinaires ; mon opinion serait de le remettre à des arbitres nommés par eux ». Toutefois si l'on veut confier aux juges le soin de statuer en équité, il souhaite l'établissement d'une procédure particulière en se référant à l'exemple de l'équity britannique. Et d'imaginer une véritable procédure d'équité. Le juge qui constaterait le manque de texte devrait en aviser les parties et leur signifier qu'il sera dans l'obligation de juger en équité, passée cette signification il devra respecter un délai de six jours pour que les parties aient le temps de vérifier que le droit écrit ne contient aucune disposition permettant de trancher le litige. Si aucun texte n'est découvert le juge pourra alors rendre son jugement d'équité en le faisant suivre d'« une proposition obligée de loi pour faire cesser l'obscurité, ou combler la lacune de celle qui aurait produit comme nécessaire un tel jugement ». Chazal rappela à l'appui de sa proposition qu'au cours de la discussion de la Constitution de l'An VIII « on proposa d'attribuer au Sénat conservateur érigé en jury d'équité, le jugement des cas que les tribunaux déclaraient n'avoir pu juger eux-mêmes faute de loi applicable, ou ne pouvoir juger que contre leur conscience aux termes de la loi : « La proposition que le Sénat conservateur ne jugerait que sur le référé formel et indispensable d'un tribunal et que ses arrêts d'équité seraient officiellement communiqués dans le mois de la législation, au Tribunal et au gouvernement, afin qu'ils pourvussent à l'avenir par la loi ». Cela ne l'empêcha pas de terminer par un vote hostile au projet dans une vibrante péroraison : « Vous sentez que si les juges pouvaient se passer de loi, on se passerait bientôt de législateurs (...) car nos juges criminels et civils n'existent constitutionnellement que pour la seule et passive application des lois civiles et criminelles » terminant par cette formule frappante : « le pouvoir sur la loi ne peut appartenir qu'au législateur ».

Mailla-Garat monta alors à la tribune. C'était un jeune tribun de trente ans qui se distinguait par sa petite taille et qui avait dû sa ferveur politique au fait d'être le neveu du puissant sénateur Dominique Garat. Il avait, avant le 18 Fructidor, participé à la création, avec Sarrette, du journal *Le Conservateur*, pour tenter d'enrayer le mouvement royaliste. C'est alors qu'il avait côtoyé Daunou, Chenier, Talleyrand et Cabanis dont il fut le témoin de mariage (31). Il commença par affirmer que « la justice de la société

(30) *Eod. loco*, p. 79 s.

(31) Antoine GUILLOIS, *Le salon de Madame Helvetius, Cabanis et les idéologues*. Paris, 1894, p. 109, 111, 162, 176 ; A. GOBERT, *L'opposition des assemblées*

n'est et ne peut être que ce que prescrit la loi, le texte même de la loi » puis il posa la question « vous exigez que le juge rende un arrêt lorsqu'il doit être sans détermination, et, bien plus, lorsque la loi se tait vous voulez qu'il la fasse parler ? » et de conclure par cette réponse dont on devine le ressentiment qu'elle lui inspire : « juger est donc autre chose qu'appliquer la loi ! » Nul n'avait mieux posé les termes du débat. Logique avec lui-même, Mailla-Garat rejette totalement l'article 4 : « Il n'est donc pas vrai que le juge qui s'abstiendrait de juger dans le silence de la loi, qui s'abstiendrait à cause de son obscurité ou de son insuffisance, fût coupable d'un déni de justice ; il refuserait le droit d'une injustice, l'impunité d'un attentat aux droits des citoyens et à la sainteté de la loi ». Son analyse va d'ailleurs plus en profondeur, après une attaque quelque peu perfide et qui prouve les considérations politiques en jeu : « cette doctrine du droit de l'interprétation des lois, ses auteurs croient qu'elle est indispensable, parce qu'ils n'ont pas assez distingué les maximes du gouvernement monarchique sous lequel ils ont acquis leur réputation de grands jurisconsultes, des principes du gouvernement républicains sous lequel ils sont appelés à mériter la gloire de législateurs ». Se couvrant de l'autorité de Montesquieu : « Dans la monarchie, les lois sont l'ouvrage d'un seul homme » et, jouant sur les mots, il en déduit que « le titre incertain de la loi, son arbitraire pour être loi peut excuser et, si l'on veut, même autoriser l'arbitraire du juge pour l'appliquer » (...) Or dans une République, la loi « c'est l'ouvrage du peuple (...) c'est la volonté nationale, tous les citoyens sont sujets de la loi parce que tous ont concouru à sa réalisation et ils ne sont même citoyens que parce qu'ils sont sujets de la loi. C'est donc cette stricte égalité des citoyens dans la souveraineté qui doit interdire au juge de faire prévaloir son opinion parce que « la loi doit être sacrée par le juge, qu'il ne peut imposer qu'elle, et non ce qu'il pense, aux citoyens qui la réclament ; qu'il doit rester dans le silence lorsqu'elle n'est pas sortie (...). Il faut le répéter, tribuns, c'est surtout ce principe de l'origine souveraine de la loi, qui fait de son texte la règle précise et impérative du jugement dans une république ». La conclusion formulera un pronostic apocalyptique, la liberté d'interprétation judiciaire « est un fléau sans bornes, une contagion qui n'a pour symptômes que ses ravages, un mal qui se cache et agit dans le remède même qui devrait le guérir ; c'est l'arbitraire sous les formes de la loi, et l'anarchie sous les apparences de l'ordre (...). Enfin, tribuns, on substitue à la simplicité des lois de la République la confusion des jurisprudences monarchiques à l'uniformité des rapports, la diversité des garanties à l'égalité des droits, les préférences de l'arbitraire, et au règne de la justice l'autorisation de tous les abus ».

pendant le Consulat, Paris, 1925, p. 197 ; François PIETRI, *Napoléon et le Parlement, ou la dictature enchaînée*, Paris, 1955, p. 91 s. ; Louis de VILLEFOSSE et Janine BUISSOUNOUSE, *L'opposition à Napoléon*, Paris, 1969, p. 146, 147, 186, 191, 196, 197 ; FENET, *op. cit.*, t. VI, p. 150 s.

Avec moins de virulence d'autres orateurs, qui ne contestaient pas de front le futur article 4, remarquèrent que sa place n'était peut être pas dans le Code civil, mais plutôt dans le Code judiciaire. C'est ce que préconisa la commission du Tribunat lorsqu'elle eut à présenter son rapport (32). Elle se fondait, entre autres, sur le fait que l'ordonnance royale d'avril 1667 (33), qui comportait également des dispositions interdisant aux magistrats d'interpréter les ordonnances au nom de l'équité, était avant tout un texte de procédure civile. Portalis n'eut guère de peine à montrer qu'en réalité l'ordonnance de 1667 était une ordonnance de réformation de la justice qui avait — comme la plupart des grandes ordonnances — statué dans les domaines les plus variés et pas uniquement en matière de procédure.

Vint le discours de Portalis devant le Corps Législatif. Il commença, avec prudence, sachant son auditoire prévenu contre lui, par bien distinguer le droit prétorien romain, ainsi que l'équité britannique, du pouvoir d'équité que l'on entendait reconnaître au juge français. Dans les deux cas antécédents, au nom de l'équité le magistrat est autorisé à éluder voire modifier la loi ; or le projet du Code « ne dispose que pour les cas où la loi est obscure et insuffisante » (34). Insistant sur cette idée qui lui est chère, à savoir que la loi doit être restreinte, il rappelle que « la trop grande multiplicité des lois est un grand vide politique (...) si vous précipitez les mesures législatives, les lois accableront la société au lieu de la régler ».

Le projet de titre préliminaire n'en fut pas moins rejeté le 24 Frimaire An X (15 décembre 1801) (35).

B. — Le compromis

Il fallait retisser la toile. Portalis ne perdit pas courage et réitéra son projet. Comme il n'était pas question de modifier le texte, on modifia l'assemblée et la procédure.

Avant la discussion du livre préliminaire du Code, le Tribunat avait déjà exaspéré le premier Consul en tergiversant à propos de la ratification du traité de paix avec la Russie (16 vendémiaire An X) qui était le prélude à la négociation de la future paix d'Amiens.

(32) FENET, *op. cit.*, t. VI, p. 67.

(33) « Titre I^{er}, art. 6 : Voulons que toutes nos ordonnances, édits, déclarations et lettres patentes soient observées tant aux jugements des procès qu'autrement sans y contrevenir ; ni sous prétexte d'équité ; bien public, accélération de la justice (...) » Ordonnance civile portant réformation de la justice, avril 1667, in *Recueil général des anciennes lois françaises*, par Isambert, t. XVIII, p. 106 s. ; G. BOYER, « La notion d'équité et son rôle dans la jurisprudence des Parlements », *Mélanges Maury*, Paris, 1960, 2 vol., t. I, p. 257 s.

(34) FENET, *op. cit.*, t. VI, p. 269.

(35) *Eod. loco.*, p. 337.

Les débats sur le Code étaient, en outre, de bien mauvais augures de ceux que l'on pouvait attendre pour la conclusion du Concordat qui était également une pièce maîtresse de la politique intérieure de Bonaparte. Il fallait trouver rapidement une solution. Thibaudeau rapporte dans ses mémoires qu'il songeait simplement à réduire la discussion : « Convaincu qu'il était impossible de faire le Code Civil avec le concours de deux corps délibérants aussi nombreux, j'avais émis au Conseil d'Etat l'opinion que du moins, on ne le leur présentât qu'en grandes masses, pour éviter les objections de détail » (36). D'autres proposèrent de présenter le Code civil en bloc, comme pour la ratification d'un traité : la mesure parut dictatoriale (37).

Sur les instances de Tronchet ou soumit, malgré tout, les deux titres suivants du Code : « Oui, avait prévenu le Premier Consul, nous pouvons risquer encore deux batailles. Si nous les gagnons, nous continuerons la marche commencée ; si nous les perdons nous rentrerons dans nos quartiers d'hiver et nous aviserons du parti à prendre ».

Pendant ce temps, Portalis s'entretint avec des tribuns pour les convaincre de meilleurs sentiments à l'égard du Code, la menace transparaissant : « Si vous ne savez pas votre métier, on sera obligé de vous mettre à la diète des lois ». C'est ce qu'il advint. Le 11 Nivôse An X, le refus du titre sur la jouissance et la privation des droits plongea Bonaparte dans une colère noire. Le 12 Nivôse, il reçut les sénateurs et leur demanda de préparer un senatus-consulte qui légaliserait l'épuration du Tribunal à laquelle il était résolu. Le 25 Nivôse, le Sénat décida de désigner par scrutin les tribuns qui continueraient de siéger, soit le cinquième des membres, en rejetant le recours au tirage au sort (la Constitution de l'An VIII n'avait pas prévu la modalité de désignation). Le 29 Ventôse An X, le Sénat publia la liste de ceux appelés à conserver leur siège, les autres étaient éliminés. Jean-Baptiste Say, Benjamin Contant, Andrieux, Daunou, Mailla-Garat étaient parmi les vingt exclus : l'élite des idéologues disparaissait de la vie politique.

Dans le même temps on adopta une procédure plus souple, celle de la communication officieuse. Elle permettait de recueillir les critiques avant la discussion et de pouvoir, ainsi, en tenir compte avant l'ouverture de l'examen en séance ; on désamorçait de la sorte, l'ardeur des orateurs en leur montrant une certaine volonté de conciliation. La discussion changea de ton du jour au lendemain.

Lorsque le titre préliminaire revint une nouvelle fois devant le Tribunal, par le biais de la procédure nouvelle, la section de législation, qui avait précédemment émis le souhait que l'art. 4 (actuel) soit exclu du Code civil pour être transféré au Code Judi-

(36) A.C. THIBAudeau, *Mémoires*, 2^e éd., Paris, 1913, p. 44.

(37) Roger DUTRUCH, *Le tribunal sous le Consulat et l'Empire*, Th. Droit, Paris, 1921, p. 87.

ciaire, se prononça cette fois-ci en sa faveur. Jusqu'à quel point Portalis ne fut pas l'inspirateur de ces lignes on peut se le demander tant, non seulement ses idées, mais encore son style transparaissent. C'est une véritable apologie du droit naturel : « Quand la loi se tait la raison naturelle parle encore : si la prévoyance des législateurs est limitée, la nature est infinie : elle s'applique à tout ce qui peut intéresser les hommes ; pourquoi voudrait-on méconnaître les ressources qu'elle nous offre ? Nous raisonnons comme si les législateurs étaient des dieux, et comme si les juges n'étaient pas même des hommes ».

Passé ce vif exorde, la commission entend définir ce que l'on devra comprendre par équité : « ce mot équité est susceptible de diverses acceptions. Quelquefois il ne désigne que la volonté constante d'être juste, et dans ce sens il n'exprime qu'une vertu. Dans d'autres occasions, le mot équité désigne une certaine aptitude ou disposition d'esprit qui distingue le juge éclairé de celui qui ne l'est pas, ou qui l'est moins. Alors l'équité n'est, dans le magistrat que le coup d'œil d'une raison exercée par l'observation, et dirigée par l'expérience. Mais tout cela n'est relatif qu'à l'équité morale, et non cette équité judiciaire dont les jurisconsultes romains se sont occupés, et qui peut être définie comme un retour à la loi naturelle, dans, le silence, l'obscurité ou l'insuffisance des lois positives ». Le jugement en équité, poursuit le rapport, associe le juge à l'esprit de législation mais ne le lui fait pas partager parce qu'« une loi est un acte de souveraineté, une décision n'est qu'un acte de juridiction ou de magistrature », le risque de confusion est couvert par l'art. 5 interdisant l'arrêt de règlement qu'il faut prohiber car dit. non sans élégance, le rapport « un tribunal n'est pas une région assez haute pour délibérer des règlements et des lois. Il serait circonscrit dans ses vues comme il l'est dans son territoire ; et ses méprises ou ses erreurs pourraient être funestes au bien public ». Sur quoi le Tribunat émit un avis favorable (38).

Face au Corps Législatif, le dernier à prendre la parole fut le tribun Faure. Développant une nouvelle fois le risque d'une inflation législative si le juge ne disposait pas d'une certaine liberté, il cita Bacon : « les lois qui doivent servir de flambeau pour nous faire marcher, seraient autant d'entraves qui nous arrêteraient à chaque pas » et il conclut : « Si la loi se tait, il faut juger encore, mais avec cette différence que, lorsqu'il s'agit d'une affaire civile, les juges doivent se déterminer par les règles de l'équité, qui constituent dans les maximes de droit naturel, de justice universelle et de raison » (39).

Sur ces bonnes paroles, le Corps Législatif, devenu docile, sinon convaincu, adopta le projet de loi le 24 Ventôse An XI (15 mars 1803).

(38) FENET, *op. cit.*, t. VI, p. 360 s.

(39) *Eod. loco*, p. 387.

Il devint le titre premier du Code civil. C'était une victoire, mais, comme toutes celles remportées par la ténacité, elle avait sa part d'abandon. Victoire de Bonaparte non de Portalis, et indirectement de Bonaparte contre Portalis.

III. — LE DESTIN DE L'ARTICLE 4

Reste à savoir quel fut le destin de l'article 4 du Code Civil.

Ouvrons les premiers manuels, ceux de l'Exégèse. Et tout d'abord le premier d'entre eux, le *Cours de Code civil* de Delvincourt (40). Dès la deuxième ligne on y trouve la définition classique du droit qui est « l'art de la justice et de l'équité ». Sans doute « le Droit est le résultat des dispositions de la Loi » mais « les lois se divisent en naturelles et positives (...). Les lois naturelles sont celles que la raison éternelle, c'est-à-dire Dieu, a gravées dans tous les cœurs. Le recueil, la collection de ces lois forme ce qu'on appelle le droit naturel ». Abordant le cas prévu par l'article 4 du Code Civil, Delvincourt, après avoir déclaré que « si les lois positives sont muettes, obscures ou insuffisantes, le juge doit y suppléer, soit par des inductions tirées des dispositions des mêmes lois sur d'autres objets, soit même par l'équité naturelle », il illustre son propos, en note, d'une hypothèse tirée des régimes matrimoniaux : « Ainsi l'art. 1426 porte que les actes faits par la femme sans le consentement du mari n'engagent pas la communauté. Cependant, si celui qui a contracté avec la femme non autorisée, peut prouver que la communauté a profité du contrat, que l'argent emprunté par exemple, a été versé dans le coffre de la communauté, certainement quoique ce cas n'eut pas été prévu, le juge déclarera la communauté passible de l'obligation, et condamnera en conséquence le mari à l'acquitter ; et il fondera ce jugement sur le principe que, *nemo debet locupletior fieri cum alterius detrimento* ». Nous verrons que c'est bien de ce principe que naîtra l'action de in rem verso.

Toullier (41) abonde dans le même sens : « Mais quoique la loi soit muette, le juge, dans les affaires civiles, n'en est pas moins obligé de prononcer ; il devient ministre d'équité ; il est la loi parlante, *lex loquens*, et l'article 4 du Code porte que " le juge qui refusera etc. " (...). Mais quelle règle suivra le juge dans les cas douteux où la loi semble se taire ? D'abord l'équité, ce qui est le retour à la loi naturelle ».

Duranton dans son *Cours de droit français*, cite un passage intégral des travaux préparatoires (42).

(40) DELVINCOURT, *Cours de Code civil*, 3 vol., Paris, 1824, t. 1, p. 1 s., t. III, p. 12.

(41) TOULLIER, *Droit civil français*, Paris, 1843, 23 vol., t. I, p. 113 s.

(42) DURANTON, *Cours de droit français*, Paris, 1844, 22 vol., t. I.

La défiance n'apparaîtra véritablement qu'avec Demolombe. Car lorsqu'on parle de l'Exégèse on confond volontiers la méthode et l'esprit. La méthode qui consiste à suivre le Code article par article se justifiait mieux qu'on ne le croit généralement. Elle était tout simplement reprise de l'enseignement du droit romain qui étudiait les textes par glose et convenait parfaitement à l'examen d'un droit nouveau n'ayant encore guère connu le ferment de la jurisprudence. Faut-il souligner que loin d'avoir disparu la tradition se perpétue. Il suffit de se reporter aux commentaires qui paraissent dans les mois suivants la parution d'une nouvelle loi pour voir avec quelle prudence avance celui qui se risque à son explication. Au surcroît, quel juriste, aussi bien praticien que théoricien, sacrifierait-il le Juris-classeur qui est, en définitive, le grand héritier de l'Exégèse.

L'esprit exégétique quant à lui ne perce qu'avec Laurent pour triompher avec Demolombe. Avec ce dernier le Code civil est authentiquement conçu comme une autarcie intellectuelle. Un exemple témoigne assez bien de cette vue du droit. Jusqu'à Demolombe, on explique l'exécution de l'obligation naturelle, en se référant, soit à la notion de droit naturel, soit de devoir de conscience ; ce qui d'ailleurs embrouille singulièrement la question. Tout le monde, en tout cas, situe l'obligation naturelle hors du droit positif. Demolombe réussit malgré tout cet exploit d'introduire la notion d'aveu pour justifier ce que l'on appelle improprement la novation de l'obligation naturelle. C'est, sans nul doute, une preuve patente du juridisme, ce vice de l'esprit juridique — comme tout vice, tentation — qui consiste à trouver systématiquement l'explication d'une règle de droit dans une autre règle de droit. Les avatars de ce mongolisme du droit n'ont pas eu contribué à obscurcir bien des domaines.

Or, Demolombe écarte fermement l'interprétation de l'article 4 en fonction du droit naturel : « Je ne crois pas qu'on soit autorisé, par notre article 4, à dire que toutes les règles du droit naturel, se trouvent ainsi sanctionnées en masse et indistinctement érigées en lois civiles obligatoires (...). Il me semble, au contraire que, même en matière civile, si le demandeur n'invoque à l'appui de sa prétention qu'une pure règle de droit naturel, *non sanctionnée même indirectement, même implicitement par la loi*, le juge ne devra pas lui accorder le bénéfice de ses conclusions » (43).

C'est prendre la position inverse de Portalis et des premiers exégètes : ce n'est pas le droit naturel qui est la source du droit positif mais le droit positif qui devient la condition d'acceptation du droit naturel. Avant même qu'il n'en ait écrit une ligne toute la théorie de François Gény était réduite à néant...

A Demolombe, il faut adjoindre l'influence déterminante du Premier Président de la Cour de Cassation de l'époque, Troplong,

(43) DEMOLOMBE, *Cours de Code civil*, Paris, 1845, 32 vol., t. I, p. 124 s.

qui ne fera que mettre en pratique les idées professées par le doyen de Caen.

Il y avait à cette conception du droit d'autres raisons. Cinquante ans après sa publication, le Code avait trouvé sa légitimité et se suffisait à lui seul, alors qu'au début du siècle, sous la Restauration, la Cour de Cassation motivait souvent « en double » ses arrêts en visant parfois et le Code et le Corpus. On sent chez le juriste d'alors une réelle sérénité quand un article du Code trouve son pendant dans la Coutume de Paris. Mais en 1860, le Code l'a emporté sur la Coutume, comme le mètre sur la toise. Le Code s'impose définitivement à cette époque également parce qu'il a, somme toute en une génération, engendré la société pour laquelle il avait été conçu : le Code civil avait conquis la France par usucapion. Ajoutons que l'on ne remarque pas suffisamment que le système judiciaire français implique une conception exégétique du droit. Simple juridiction de cassation ne disposant pas des pouvoirs d'une Cour suprême, la Cour de Cassation ne pouvait tolérer la naissance d'un droit d'équité qui par la nature des choses lui aurait échappé. Car l'équité est une notion qui suppose la plénitude de juridiction, raison pour laquelle la Cour de Cassation s'est toujours refusé et d'en apprécier la valeur, et d'en accepter le visa (44). C'est que la loi ne résiste pas au contact de l'équité ; leurs voies sont, sinon opposées à tout le moins différentes : la loi et l'équité servantes de la justice, c'est un peu Marthe et Marie.

Si l'on avait, comme l'envisageait Portalis, procédé à la mise à jour du Code par le jeu que permettait l'article 4, nous ignorerions aujourd'hui les mystérieux secrets contenus naguère dans les articles 371 et 1341, aujourd'hui encore dans les articles 1129 et 1384, al. 1^{er} (45).

Il faut reconnaître en toute justice, que le cas n'est pas purement français. Le juge suisse qui est autorisé par l'art. 2 du Code Civil fédéral à statuer « comme s'il faisait œuvre de législateur »

(44) Dès un arrêt du 22 ventôse An X, le tribunal de cassation avait refusé d'admettre une motivation établie par référence à l'équité. En 1807, un arrêt de la Chambre des requêtes déclara que l'équité n'était pas contrôlée par la Cour de cassation et relevée du pouvoir souverain des juges du fond, jurisprudence invariable depuis (Jacques BORE V^o, *Pourvoi en cassation*, in Rép. civ. n^o 1315 et les arrêts cités).

(45) C'est de l'article 371 C. civ. que la jurisprudence extraya le droit de visite des ascendants (cf. A. SERIAUX « *Les père et mère honoreras* ». R.T.C.D., 1986, p. 269, note 24), la réforme de 1972 a rendu inutile ce subterfuge. De l'article 1348 C. civ. dans sa première rédaction sortit la notion d'impossibilité morale de préconstituer l'écrit, à partir d'un premier arrêt de la Cour de Paris du 9 avril 1821 (Sirey 1^{re} série, vol. 6, 2^e partie, p. 401). Là aussi une modification législative en 1980 a mis la loi en accord avec la jurisprudence. L'article 1129 C. civ. relatif à l'objet dans la vente sert aujourd'hui à juger de la validité du prix dans les contrats d'approvisionnement (R.T.D.C. 1987, obs. MESTRE, p. 94, n^o 4 et Mirène GENMET, *Théorie générale de l'avant-contrat en droit privé*, Th. Paris II, 1985, p. 359 s.). Quant à l'article 1384 C. civ., al. 1^{er}, de l'arrêt Teffaine (1896) à l'arrêt Chauvet (1987) il aura en un siècle, à travers les arrêts Jand'heur (1930), Franck (1941), Desmares (1982) et autres, permis tout et son contraire.

ne s'avise que rarement de jouer à Maître Jacques ; le juge autrichien à qui le Code civil de 1811 permet de fonder sa décision sur les « principes fondamentaux du droit naturel » s'en défit de la même façon (46). Les temps ne sont plus où le justiciable craignait l'équité du magistrat, c'est plutôt celui-ci qui se garde de celle-là.

Et pourtant l'équité engendra à la fin du XIX^e siècle la plus romantique des actions selon la délicate expression du doyen Carbonnier (49) : l'action *de in rem verso*. Evoquée déjà par Delvincourt, l'action *de in rem verso* trouva sa consécration dans un arrêt célèbre rendu par la Chambre des requêtes le 15 juin 1892 (48). *Expressis verbis* l'arrêt déclara que cette action dérivant du *principe d'équité* qui défend de s'enrichir au détriment d'autrui et *n'ayant pas été réglementée par aucun texte de nos lois* son exercice n'est soumis à aucune condition déterminée ». Déjà un arrêt de la même chambre du 15 juillet 1873 (49), rendu sur le rapport du conseiller Rau, avait en quelque sorte « reçu » le principe de droit romain « *Nemo locupletior* ».

L'arrêt Boudier de 1892 était manifestement le produit parfait de la doctrine d'Aubry et Rau : « L'action *de in rem verso*, dont on ne trouve au Code civil que des applications spéciales doit être admise d'une manière générale, comme sanction de la règle d'équité qu'il n'est pas permis de s'enrichir aux dépens d'autrui, dans tous les cas où le patrimoine d'une personne se trouvant sans cause légitime, enrichi au détriment de celui d'une autre personne, celle-ci jouerait, pour obtenir de ce qui lui appartient ou de ce qui lui est dû, aucune sanction naissant d'un contrat, d'un quasi-contrat ou d'un quasi-délit » (50).

Si un arrêt du 12 mai 1914 (51) vint restreindre l'action en posant des conditions, qui étaient souhaitables, à la mise en œuvre de l'action il n'en réaffirma pas moins son fondement en équité. Nous étions donc parfaitement dans l'hypothèse prévue à l'origine par Portalis : l'absence d'un texte, sa suppléance par l'équité.

La maxime qui était visée aussi bien par les auteurs que par la jurisprudence était puisée au *Digeste* (de Pomponius) dans le

(46) René DAVID, *La doctrine, la raison et l'équité*, in « Revue de la recherche juridique » (Droit prospectif), 1986, p. 109 s., p. 155, note 26. Philippe JESTAZ, *La jurisprudence : réflexions sur un malentendu*, D. 1987, ch. III ; du même V^e *Equité*, in Rép. CIV., n^o 9. Mais sur les conséquences de ce renoncement et du pouvoir dont peut s'emparer alors l'administration en tant qu'interprète de ses propres textes, Jean PRIEUR, *Jurisprudence et principe de séparation des pouvoirs*, in « Archives de philosophie du droit », t. 30, Sirey, 1985, p. 116, plus particulièrement, p. 126, n^o 18.

(47) Jean CARBONNIER, *Droit civil*, t. IV « les obligations », n^o 120 (Thémis, 12^e éd., 1985).

(48) S. 1893-1-281, note Labbé et D. 1892-1-596.

(49) D.P. 1873-1-457.

(50) AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, 4^e éd., Paris, 1875, t. VI, § 578.

(51) D 1912-1-41, note Naquet.

titre XVII du livre 50 « *De diversis regulis* », elle faisait explicitement référence au droit naturel : « *Jure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletior* » (52).

Cette création ne tarda pas, de l'aveu de G. Ripert, à « effrayer les juristes ». Ainsi que l'écrivit si pertinemment l'éminent juriste : « Il a semblé qu'elle n'aurait vraiment belle apparence juridique que lorsqu'on serait arrivé à masquer ce besoin d'équité qui en est le fondement, tout au moins à la couler dans une forme juridique déjà connue » (53). D'après la formule de Hébraud on s'est efforcé de « juridiciser » l'action (54). Ce fut Rouast dans un article à la *Revue trimestrielle de droit civil* (55) qui trouva la parade en fondant l'action non plus sur l'idée de justice mais d'équilibre des patrimoines. Dès lors le débat fut transféré sur le terrain de la cause. On n'a pas fait remarqué que c'était purement et simplement reprendre la théorie d'Aubry et Rau à l'envers. Car les deux auteurs parlaient bien eux aussi de « la cause légitime » (*supra*) qui faisait défaut, mais c'était une conséquence tirée de la violation de l'équité et non la raison première de l'action. Rouast non seulement intervertit l'explication mais encore l'ampute au risque de lui faire perdre tout sens. Mais parmi les fictions qui donnent parfois aux juristes l'impression d'être des magiciens, celles de la pensée ne sont pas les moins captivantes.

Du coup l'action fut rebaptisée « enrichissement sans cause » et depuis bien longtemps la Cour de Cassation se contente d'en viser le principe en se gardant bien d'ouvrir à nouveau cette boîte de Pandore de crainte d'y découvrir au fond l'équité agitant son rameau d'espérance (56).

L'équité n'a pas pour autant disparu du Code civil. Elle y a même curieusement, mais subrepticement, accru ses positions. Par la loi du 13 juillet 1965, qui l'a introduite dans l'article 280-I relatif au régime matrimonial de la participation aux acquets ; par celle du 31 décembre 1976 ensuite, réformant la communauté taissable que constitue désormais l'article 815 et consorts à propos de l'indivision, plus précisément l'art. 815-13 (57).

(52) H. ROLLAND et L. BOYER, *Locutions latines et adages du droit français contemporain*, 2 vol. Lyon, 1977, t. II, p. 453.

(53) G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^e éd., Paris, 1949, n° 136.

(54) Cité par Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Les obligations*, Paris, 1985, N° 577.

(55) ROUAST, *R.T.D.C.*, 19822, n° 23, p. 44.

(56) A titre d'exemple, Ch. com. 16 juillet 1985 (*D.* 1986, p. 393), toutefois l'idée d'équité se maintient dans la jurisprudence du fond qui y est plus sensible, exemple : « L'action fondée sur le principe d'équité qui défend de s'enrichir aux dépens d'autrui (...) ». (Pau, 30 avril 1986 in *Cahiers de jurisprudence d'Aquitaine*, 1986, p. 478).

(57) Exemple, 1^{er} civ. 18 octobre 1983 (*D.* 1984, p. 289) ; Daniel FOURNEL, *Les pouvoirs de gestion des indivisaires sur les biens indivis*, mémoire DESS, notariat, Lyon, 1984, p. 75 s.

Surtout les profondes métamorphoses du rôle du juge, sous l'impulsion de Motulsky, ont conféré à celui-ci sous couvert de son « office » un pouvoir qui ne se justifie qu'au regard de l'équité : « Les solutions dégagées par le juge modérateur ont été expliquées, écrit Christian Brunet, dans la doctrine traditionnelle par référence à des notions juridiques connues, dont les auteurs ont élargi le domaine afin d'insérer dans l'ordre juridique existant les exceptions imposées par ces cas particuliers. Toutefois, ces explications demeurent insuffisantes et c'est en réalité *l'équité* qui, de très haut, sert de fondement à ce pouvoir exorbitant » car poursuit ce même auteur « en adoucissant l'application stricte de la règle de droit, le juge modérateur, explicitement ou implicitement, consciemment ou inconsciemment, fait prévaloir l'équité sur la loi dans le cas particulier qui lui est soumis (...). Qu'il le fasse ouvertement ou qu'il s'y réfère implicitement, c'est toujours sur l'équité que le juge modérateur fonde sa décision » (58).

L'exemple topique de cette évolution sont les dispositions venues atténuer la rigidité initiale de l'article 1231 du Code civil relatif à l'exécution de la clause pénale dans un contrat. En 1804, la pénalité était fixée par les parties et le juge n'avait aucun pouvoir dessus. Une première loi du 9 juillet 1975 lui octroya le pouvoir de la réduire, pouvoir renforcé par une seconde modification législative du 11 octobre 1985 qui ajouta qu'il pouvait en user « même d'office ».

Enfin, ultime revanche de Portalis, les soubresauts récents du droit des personnes réintroduisaient, après une longue absence, le droit naturel lui-même dans le prétoire. Ce fut, tout d'abord, le 7 juin 1984 le Tribunal de Grande Instance de Toulouse qui « *malgré l'absence de dispositions législatives* » accorda un droit de visite au père naturel. « Ce droit énonçait la décision, qui n'a pas pour fondement l'art. 371-4 du Code civil reconnaissant aux tiers, dans des situations exceptionnelles, l'exercice d'un droit de visite ou de correspondance, est un *droit naturel* tiré de la paternité ou de la maternité, reconnu par la jurisprudence et analysé en ce sens par la doctrine » (59).

Deux mois plus tard, était rendu le retentissant jugement du

(58) Christian BRUNET, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, Th. Paris II, 1973, p. 351 s. ; Eric AGOSTINI « L'équité », (D. 1978, chr. II, p. 11, n° 10) ; déjà H. PÉRREAU, in *R.T.D.C.*, 1912, n° 3 : « Principalement au cours de ces dernières années on voit les juges corriger les rigueurs du droit civil au nom seul de l'équité et de l'utilité sociale ».

(59) D. 1986, p. 40. Le tribunal n'a pas eu recours à l'artifice de l'art. 371 C. civ. (*supra*, note 45). On notera qu'en 1825 à l'appui de son appel contre un jugement du tribunal d'Avignon, le sieur PONCET, qui refusait à ses propres parents de visiter sa fille, avait soutenu « qu'en jugeant ainsi le tribunal a violé tout à la fois le *droit naturel* et les articles 371 et suivants du Code civil. « La Cour de Nîmes, par arrêt du 10 juin 1825 avait tranché le litige en faveur des aïeux, toutefois avec des restrictions, sans faire référence au droit naturel mais en se fondant uniquement sur le Code civil (*Sirey*, 1^{re} série, 1791-1830, 8^e vol., 2^e partie p. 86).

Tribunal de Grande Instance de Créteil, à propos de la conception *post mortem* d'un enfant : « Ni les conditions de conservation ou de remise du sperme d'un mari décédé, ni l'insémination ne sont interdites ou même organisées par un texte législatif ou réglementaire. D'autre part, elles ne heurtent pas le droit naturel, l'une des fins du mariage étant la procréation » (60).

*
**

Il serait abusif de déceler là les prémices du grand retour du droit naturel. Ces décisions émanent toutes deux de juridictions du premier degré, soyons bien assurés que si le contentieux avait eu à remonter d'appel en cassation, jusqu'à la Cour régulatrice, le droit naturel aurait certainement connu quelques vicissitudes au long de la procédure.

Soyons non moins convaincus que ces exceptions demeureront telles. Le droit naturel conçu dans l'esprit de Portalis comme la raison ne peut avoir aujourd'hui une part véritable dans le droit contemporain qui est une léviathan de textes. Car si Portalis avait reconnu la nécessité du recours au droit naturel, c'est qu'il avait posé en préalable une relative sobriété de la loi : « Nous nous sommes également préservés de la dangereuse ambition de vouloir tout régler et tout prévoir (...). L'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit ; d'établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière. C'est au magistrat et au jurisconsulte, pénétrés de l'esprit général des lois, à diriger l'application » (61). Déjà en l'An V il avait mis en garde contre « les règlements minutieux et tyranniques » (62).

La page pétillante d'humour où Ripert se divertit sur la dimension limitative de la plaque que le médecin peut apposer à la porte de son cabinet et nous initie à la subtile, mais impérieuse, distinction entre les escargots coureurs et les escargots bouchés, n'est qu'un morceau de choix d'une anthologie riche de perspectives (63). Un exemple suffira à établir la différence de nature des lois de l'An 1804 et celles du siècle de l'informatique. Dans la litanie de l'article 524 du Code civil, reminiscences de l'inventaire de Perrette, vivaient en bonne entente avec les pigeons des colombiers et les lapins de garennes, les poissons des étangs. Le paysan de jadis et naguère savait bien ce qu'était un étang et c'est sans doute pour

(60) G.P., 16-18 septembre 1984, concl. LESEC ; J.C.P. 1984-II-20321, note Corone et Alain SERIAUX « Droit naturel et procréation artificielle : quelle jurisprudence ? (D. 1985, chr. X, p. 53).

(61) *Discours*, p. 470.

(62) *Exposé des motifs de la loi relative au divorce*, Conseil des Anciens, 27 thermidor An V, Imprimerie de la République (*supra*, note 5).

(63) G. RIPERT, *Le déclin du droit*, Paris, 1949, p. 102.

cela que le vellave Jules Romain pouvait dire que pour lui « après le cou d'une vache, il n'y a que le dos d'un code qui se caresse le mieux » (64). Las, le paysan et l'administration du Ministère de l'Agriculture ne parlent plus le même langage ; par la vertu de la loi du 29 juin 1984 les mélancoliques étangs sont devenus « les eaux non visées à l'article 402 du Code rural et des plans d'eaux visés aux articles 432 et 433 du même code » !

« Il ne faut point perdre de vue que les lois sont faites pour les hommes, et non les hommes pour les lois » avertissait Portalis dans le discours préliminaire. Conseil bien oublié par le législateur moderne. Au terme de sa vie, Portalis consacra un ouvrage à *L'abus de l'esprit philosophique* », sa réflexion se porterait plutôt sur l'abus de l'esprit juridique, s'il lui avait été donné de connaître nos jours.

A la vérité, ce que les juristes n'avouent guère lorsqu'ils jettent l'anathème sur le droit naturel, au nom de la sécurité du positivisme, c'est qu'ils craignent de perdre, en renonçant à la technique, une part de leur pouvoir qui pour le citoyen est, en définitive, une part de liberté. Ils savent bien que lorsque la nécessité l'impose, le droit naturel tranche dans son exigence avec toute la vigueur de l'*ultima ratio juris*.

Bernard BEIGNIER,

*Assistant à la Faculté
de droit de Caen.*

(64) Jules ROMAIN, *Les hommes de bonne volonté*, t. 14 « Le drapeau noir », ch. XXVII « Présentation de la France en 1914 », éd. Flammarion, 3 vol., Paris 1958, vol. 2, p. 1264.